

El principio de la buena fe y dineros pagados en exceso por la Administración Estatal: Un análisis de las sentencias del Consejo de Estado¹

Esperanza Castillo Yara*

Recepción: 04/02/2018 • Aprobación: 28/09/2018 • Publicación: 19/12/2018

Resumen

En el presente artículo se expondrán los criterios que han sido desarrollados en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano en torno a la no devolución de dinero que fue pagado en exceso por parte de la Administración Estatal; en este se describe cómo opera el Principio General del Derecho de la buena fe; para tal fin se realizó un estudio de las sentencias que este alto Tribunal ha proferido en los últimos diez años; es decir, en el periodo comprendido entre el año 2007 y 2017, lapso en el que han proliferado decisiones judiciales que resuelven este tipo de pretensiones alzadas por las entidades estatales, específicamente al ser incoado el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual ha sido denominado por varios autores como *acción de lesividad*.

El efecto en el patrimonio del Estado no es tenido en cuenta en las decisiones judiciales, dado que existe un enriquecimiento y un correlativo empobrecimiento del tesoro público, siendo sin más la causa, el error de la Administración al reconocer y entregar dinero adicional a los particulares; en todo caso, no puede aceptarse la aplicación de la presunción de buena fe cuando se ha obtenido lucro a través de una acción reprochable; sin embargo, para que el juez contencioso ordene devolver sumas de dinero por parte de los particulares, prima el aspecto subjetivo con el cual actuó el particular para recibir esos beneficios económicos.

¹ Artículo de reflexión.

* Abogada de la Universidad del Tolima, docente tiempo completo de la Universidad de Ibagué y miembro del Grupo de Investigación Zoon Politikon de la misma Universidad. Magíster en Educación de la Universidad del Tolima. Correo electrónico: esperanza.castillo@unibague.edu.co

Para citar este artículo

Castillo Yara, E. (2018). El principio de la buena fe y dineros pagados en exceso por la Administración Estatal: Un análisis de las sentencias del Consejo de Estado. *Dos mil tres mil*, 20(1), 109-133. doi: <https://doi.org/10.35707/dostresmil/20105>

Palabras claves: Buena fe, prestaciones periódicas, dineros pagados en exceso, Jurisprudencia Consejo de Estado, enriquecimiento sin causa.

Abstract

In the following article will be presented the criteria that have been developed in Colombian Council of State Jurisprudence around the non-refoulement of money that was paid in excess by the Administration State, also it describe how the Good faith general principle of law operates; for that aimit was made a study about sentences that this High Court has pronounced in the last ten years, it means that this includes the period between 2007 and 2017, term in which have many judicial decisions that solves this type of claims raised by the State entities, specifically to be initiated annulment and re-establishment of the right claim, which it has been call by some authors as a *detrimental action*. The effect on the State patrimony is not take into account in judicial decisions, since there is an enrichment and correlative impoverishment of the public Treasury, being cause for the Administration mistakes to recognize and give extra money to individuals. In any case, the application of the presumption of good faith cannot be accepted when the profit was obtained through anillegal action, however, to order to return the money given to individuals by the Contentious Court, prevails the subjective aspect with which the particular acted to receive those economic benefits.

Keywords: Good faith. Periodic benefits, Excess money paid, Colombian Council of State Jurisprudence, The principle of unjust enrichment.

Introducción

Conforme a la Jurisprudencia Contenciosa Administrativa colombiana, la devolución de las sumas de dinero que la administración haya pagado de más, que se discuten en los Medios de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, solo pueden ordenarse siempre que se haya demostrado en el proceso judicial, por parte de la Administración, que la persona que recibió los dineros se valió de medios ilegales en detrimento de la primera, con el fin

de obtener la expedición de los actos administrativos que reconocen las sumas de dinero; sin embargo, causa contrariedad cómo los dineros públicos que erróneamente son entregados, no son recuperados, dado que disposiciones normativas del ordenamiento Contencioso Administrativo consagran la no recuperación de las mismas en determinados casos; el numeral 2.º del artículo 136 del Decreto 01 de 1984 disponía:

La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. **Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe** [Negrilla fuera de texto]. (Numeral 2.º, artículo 136, Decreto 01 de 1984)

Por su parte, la Ley 1437 de 2011, en el literal C, numeral 1.º del artículo 164, frente a la oportunidad de presentar la demanda, establece que cuando se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

En este sentido, podría pensarse en otro medio de control como lo es la Acción de repetición, pero tampoco resulta ser la salida idónea para la recuperación de tales dineros, dado que para que prospere, la Ley y la Jurisprudencia han definido los alcances y propósitos de dicha acción, destacando como lo ha hecho el Consejo de Estado en la Sección Tercera en Sentencia del 27 de agosto de 2015, los elementos necesarios y concurrentes para la declaratoria de repetición, entre otros: “Probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena judicial impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada, o de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto”. Por lo cual, de este

elemento objetivo se carece, en tanto, la suma de dinero que salió de las arcas estatales en los casos observados en la investigación, derivan del error mismo de la misma Administración.

En la investigación se destacan los puntos diversos y los aspectos que tienen en común las sentencias del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, respecto de la devolución de las sumas de dinero que la Administración haya pagado de más, en las que se torna punto fundamental el principio de la buena fe; se hace notar que la interpretación frente a este principio se le reconoce en su mayoría la misma naturaleza jurídica que en la Ley civil y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y se reseñan los criterios propios que han ido consolidándose en los casos concretos y que en ningún caso se han abordado en conjunto con el principio general del derecho de enriquecimiento sin causa, como sí se es procurado en las acciones *in rem verso* que adelantan las entidades financieras cuando por su propio error depositan dinero que no corresponde a las cuentas bancarias de determinadas personas, sin que medie una justa causa.

Para indagar estos aspectos, se realizó una revisión jurisprudencial y doctrinal sobre el principio de la buena fe, a fin de comprender las consideraciones de la Alta Corporación cuando dentro de las solicitudes de las entidades demandantes, se pretende la devolución de sumas de dinero que no debieron recibirse. Se estableció como objetivo exponer los criterios que sobre el principio de buena fe es aplicado en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en el marco de las prestaciones periódicas pagadas en exceso por la Administración. Con el propósito de lograr el objetivo antes mencionado, se propuso la consecución de los siguientes: 1) Analizar la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina en relación con el principio de la buena fe. 2) Destacar las sentencias más significativas al respecto que fueron proferidas en los últimos diez años, dado que sobre el tema se incrementó el número de decisiones desde al año 2007 hasta la actualidad, muchas de ellas producto de las decisiones del Consejo de Estado sobre las asignaciones salariales creadas a partir del Acto Legislativo 01 de 1968 por

las autoridades territoriales que resultan contrarias al ordenamiento jurídico y que luego de surtir el parsimonioso proceso judicial, finalmente fueron resueltas en segunda instancia por el Alto Tribunal en estas fechas. 3) Señalar los criterios que en materia de devolución de sumas de dinero pagadas en exceso son sostenidas en la jurisdicción contenciosa administrativa.

1. El principio de la buena fe

La Constitución Política colombiana en el artículo 83 establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.

Examinando más allá los fines por los cuales se propuso tal disposición, se encuentra que en la ponencia presentada a la Asamblea Nacional Constituyente sobre el artículo 83, los ponentes razonaron que la norma tiene dos elementos fundamentales a saber:

Primero: que se establece el deber genérico de obrar conforme a los postulados de la buena fe. Esto quiere decir que tanto los particulares en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus deberes, como las autoridades en el desarrollo de sus funciones, deben sujetarse a los mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad que integran el principio. En el primer caso, estamos ante una barrera frente al abuso del derecho; en el segundo, ante una limitante de los excesos y la desviación del poder.

Segundo: se presume que los particulares en sus relaciones con el poder público actúan de buena fe. Este principio que parecería ser de la esencia del derecho en Colombia ha sido sustituido por una general desconfianza hacia el particular. Esta concepción negativa ha permeado todo el sistema burocrático colombiano, el cual, so pretexto de defenderse del asalto siempre mal intencionado de los particulares, se ha convertido en una fortaleza inexpugnable ante la cual sucumben las pretensiones privadas, enredadas en una maraña de requisitos y procedimientos que terminan por aniquilar los derechos sustanciales que las autoridades están obligadas a proteger. (Gómez & Esguerra, 1991, p.3)

Por lo tanto, se predicó y se esperó que con la llegada de los nuevos lineamientos del Estado, las actuaciones de administrados y Estado correspondieran a comportamientos excelsos, creando un clima de confianza de las actuaciones, de ahí que de entrada se presuma la buena fe, y deba demostrarse las irregularidades que configuran la mala fe por quien la alega.

Adicionalmente, al abordar este principio necesariamente se debe abordar la legislación civil, dado que las grandes construcciones jurisprudenciales al respecto se originaron de la función esencial de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, como bien sostiene Monroy Cabra (2015), como quiera que debía unificar las diversas interpretaciones que se hacen del Código Civil por los distintos tribunales del país. Conforme al extracto de Valencia Zea (como se citó en Monroy, 2015), dentro de las principales construcciones jurisprudenciales se encuentra la teoría de apariencia de derechos y sobre el principio de la buena fe, especialmente de la buena fe exenta de culpa (*error commun is facitius*). Las sentencias del 20 de mayo de 1936 y del 23 de junio de 1958 constituyen valiosos aportes de la jurisprudencia colombiana, ya que dichas sentencias, en las más modernas doctrinas, hacen una coordinación total de los principales artículos del Código Civil que tratan de la buena fe (p. 276).

Constituye la naturaleza de este, un principio general del Derecho, y sobre el mismo han sido amplias las discusiones. Neme (2010) presenta toda una disertación exponiéndolo como derecho natural, norma general y como principio del derecho romano. Sin embargo, no existe un concepto claro de aquello que se entiende por buena fe.

Troncoso (2015) manifiesta que comúnmente se acude al concepto contrario, es decir, la mala fe, entendiendo por ella, el obtener beneficios o ventajas contrariando los usos sociales y las buenas costumbres. Distingue además entre: buena fe simple, equivalente a la exigencia de una conciencia recta, honesta, pero que no exige una especial conducta. Es decir, la exigida normalmente en los negocios. La buena fe calificada o exenta de culpa, cuando no basta esta simple conciencia de obrar correctamente, sino que

exige dos elementos: uno subjetivo, referente a la conciencia de que se obra con lealtad y uno objetivo, relativo a la seguridad de que se trata con el titular de un derecho.

2. Criterios sobre el Principio de Buena fe en la Jurisprudencia del Consejo de Estado en procesos de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que pretenden la devolución de dineros pagados en exceso

A continuación se presentan los criterios contenidos en la jurisprudencia del Consejo de Estado de carácter general y amplio, y conforme las decisiones de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, toda vez que el Reglamento Interno de la Corporación y posteriormente la Ley 1437 de 2011, en su artículo 110, atribuyó a esta sección entre otras funciones, la de conocer de los procesos de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho que versen sobre asuntos laborales, por lo cual es allí que se discuten los asuntos de interés para la investigación; recorriendo los fallos que resolvieron conflictos jurídicos en torno al tema, incluso con anterioridad a tal norma, se encuentran algunas sentencias fundamentales, pero ninguna de ellas recoge de manera precisa criterios estrictos, sino que estos son develados al ser leídos de forma articulada y por ende como partes de un todo, con las sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, a las que acude con frecuencia el Consejo de Estado para fundar sus decisiones en torno al principio de la buena fe. La esencia del principio, en tanto su carácter amplio y general, se ve concretado en cada caso particular en el cual se emplea.

En el primer año estudiado, se encontró la Sentencia de 16 de noviembre de 2007, cuya decisión presenta un recuento normativo, siendo quizás la Sentencia más significativa, ya que las decisiones posteriores reiteran muchos de los asuntos puntualizados en esta. Así hace alusión a la Constitución de 1991, al elevarse a rango constitucional el principio de buena fe, en el artículo 83.

Como se mencionó en líneas atrás, la legislación civil había puesto la base o sustento al respecto, por ello fue abordado el artículo 768 del Código Civil, el cual prescribe:

La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio.

Así, en los títulos traslativos de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

Un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe.

Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario. (Artículo 768 del Código Civil)

Así mismo, el artículo 769 *ibídem*, prevé: “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria”. En todos los otros, la mala fe deberá probarse.

Sobre la forma de desvirtuar la presunción de la buena fe, el Consejo de Estado acudió a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 7 de diciembre de 1962, que había precisado lo siguiente:

Si la buena fe consiste en la conciencia, no hay duda de que es factor subjetivo, estrictamente moral, del fuero interno, que concierne al sujeto exclusivamente, porque, en primer lugar, la ley carece de instrumentos experimentales para precisar de manera directa esa situación psicológica positiva del poseedor, y en segundo lugar, una norma de organización ética universal, punto de partida de los ordenamientos positivos, manda que no se juzgue de los actos humanos sino partiendo de un principio de rectitud, ya que de otro modo no podría imprimirse orden a la vida de los hombres en sociedad, **lo cual expresa, por una parte, la magnitud de la presunción que de tal modo preside las relaciones jurídicas; por otra, que el desvirtuarla no compete a la ley sino al hombre, y en fin, que esta tarea requiere una demostración suficiente de**

mala fe que aniquile la presunción, pues no puede con pruebas a medias destruirse esa base social de trascendente finalidad.

La mala fe debe resultar, por tanto, de hechos a los cuales la ley ha asignado, unas veces, el papel comprobativo de tal estado, o del juez, en las más, al reconocer con base en hechos inequívocos que a su juicio son contrarios a la buena fe propuesta por la ley... [Negrilla de la Sala]. (Sentencia 1962, diciembre 7. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia)

En este orden de ideas, el principio de la buena fe como principio constitucional, constituye un componente esencial en la formación de las relaciones entre particulares y entre estos y el Estado, que goza de presunción de legalidad; así las cosas, la mala fe debe ser cabalmente probada.

Así mismo, el Código Contencioso Administrativo establece en el artículo 136 numeral 2.º, el término de caducidad de las acciones contencioso administrativas y consagra igualmente la exoneración que opera en relación con el tercero que ha recibido prestaciones de buena fe, que se convirtió en lo sucesivo en el fundamento de las sentencias con motivo de la devolución de prestaciones pagadas en exceso por la Administración.

En el año 2008 fueron proferidas por el Consejo de Estado tres sentencias de segunda instancia, relacionadas con el reconocimiento y pago pensional a favor del personal administrativo de una universidad, pese a la disposición contenida en la Constitución Política del año 1886 y del artículo 150 numeral 19 literal e, de la expedida en el año 1991, a cuyo tenor las entidades territoriales pueden fijar regímenes especiales para la concesión de las pensiones de jubilación e invalidez de los servidores públicos, pero no los Consejos Directivos y Superiores de una universidad, como ocurrió fácticamente en estos procesos.

La Sección advirtió en los tres casos estudiados que, en relación al principio de la buena fe, debía remitirse a la Corte Constitucional que ya en distintas sentencias había abordado el tema, como fueron las Sentencia C-31 de 2004 y C-836 de 2001; no obstante, fue enfática en indicar que la

notificación del auto admisorio de la demanda e incluso el conocimiento de la suspensión de los actos administrativos, no implica para la Administración el derecho a obtener la recuperación de lo pagado al demandado desde este momento y hasta cuando se profiera sentencia, por cuanto es el mismo proceso contencioso la instancia adecuada para demostrar que el favorecido con los reconocimientos no adecuó su actuación a los postulados de buena fe y que transgredió el amparo de la confianza legítima, porque si se aceptara tal postura se vulneraría el derecho de defensa del demandado, porque ello implica trasladar en su contra la carga de desvirtuar la presunción de buena fe, lo cual en lógica jurídica es inadmisibile. Es decir, que la orden referente a que se devuelvan las sumas de dinero que la Administración haya pagado de más, será conforme sentencia siempre y cuando se haya demostrado que la persona se haya valido de medios ilegales en detrimento de la Administración, para obtener la expedición de los actos administrativos por medio de los cuales obtuvo el dinero.

En el año 2009, mediante Sentencia del 1 de julio, el Consejo de Estado consideró que le asiste razón a la universidad demandante en cuanto a la ilegalidad de la inclusión de la prima de vacaciones en la liquidación del derecho jubilatorio del docente, por lo cual este factor no debe estar incluido en el acto de reconocimiento pensional. Sin embargo, advirtió que no había lugar a reembolso de las sumas canceladas por la universidad originadas en la liquidación de tal concepto dentro de la pensión reconocida al demandado, dado que la Administración, fundada en su propia negligencia, no puede pretender la devolución de las sumas pagadas en exceso, pues se vulneraría abiertamente el principio de la buena fe que asiste al gobernado, y según el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, no había lugar a reclamarlas. Luego, el 6 de agosto de 2009, la Alta Corporación consideró que la entidad accionante, en su impugnación a pesar de insistir en la devolución de las sumas pagadas de más, no podía ser ordenada la devolución de lo pagado en exceso por concepto de pensión de jubilación, porque la prestación se reconoció con fundamento en normas expedidas

por el mismo departamento de Cundinamarca, sin que pueda imputarse al demandado culpa alguna en la expedición del acto o mala fe al recibir lo pagado en exceso. Lo cual replica la consideración hecha en la Sentencia del mes de julio.

En el año 2010, la Sentencia de 12 de mayo, la Sala acogió la posición mayoritaria, sobre el tema de la devolución de los dineros percibidos por los particulares de buena fe, por concepto de acreencias laborales reconocidas con carácter unitario precisando que cuando:

La administración con ocasión de su propio error emite en contravía del ordenamiento legal, un acto administrativo que perjudica sus intereses patrimoniales y beneficia al administrado que actúa con buena fe, dicha situación no le puede generar la obligación de devolución de las sumas que se le pagaron en exceso. (Sentencia, 2010, mayo 12)

Bajo este supuesto, la Sala estimó, en esa oportunidad, que una interpretación distinta conllevaría a que el administrado tendría que asumir las consecuencias derivadas del error en que incurrió la Administración con la expedición de un acto administrativo lesivo para su propio patrimonio, lo que claramente defraudaría la confianza legítima que estos aprecian objetivamente en todas las actuaciones de la Administración. Bajo este supuesto, el 7 de julio del mismo año se falló en caso similar, ordenando la no devolución de los dineros pagados al particular.

Posteriormente, en Sentencia del 6 de octubre de 2011, abordó un caso en el que el Fondo de Previsión Social del Congreso reconoció pensión sin someter el monto pensional al tope máximo establecido en las normas generales, sin que este tipo de pensión tuviera tal excepción. En criterio de los consejeros, no se ordenó la devolución de lo pagado en exceso porque fue la entidad la que eximió de tope pensional la pensión de la demandada y por tanto, no tenía ella que asumir la culpa. La demandada se encontró entonces amparada por el principio de la buena fe, que no fue desvirtuada

por la entidad demandante, pues no se probó la comisión de actos dolosos o de mala fe para obtener la pensión sin tope máximo.

En Sentencia del 9 de febrero de 2012, fue debatido el caso de un docente universitario que se acogió a un Acuerdo de la Universidad Distrital que asignaba una pensión, la cual escapaba de la órbita de sus funciones, ya que se trató de una Resolución del año 1996, cuando los derechos pensionales están regidos bajo la égida de la Ley 100 de 1993 o hasta el 28 de agosto de 1997, conforme a la Sentencia C-410 de 1997.

Sin más reparos, la subsección es del criterio de amparo del derecho pensional en virtud de la Ley 100, artículo 146, por lo cual no hay lugar a recuperar prestaciones pagadas, ya que no obra prueba de acto doloso que acredite que la parte demandada haya hecho incurrir a la Administración en error.

La entrada en vigencia del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esto es el día 2 de julio del año 2012, en nada cambió las consideraciones que fundan las sentencias y por el contrario, dependiendo de los consejeros que tomaran la decisión se hacía más o menos énfasis en el principio de la buena fe, para determinar si era reembolsado el dinero a las arcas estatales. Lo que se observa es que este asunto, en la mayoría de los casos, no guarda un análisis complejo a efectos de la lesión del patrimonio público. Pese a analizar sentencias, incluso del año 2016, los procesos fueron estudiados conforme el anterior Código, dado que los procesos fueron iniciados durante su vigencia, y al Consejo de Estado llegaron como apelación de las sentencias proferidas en los Tribunales Administrativos.

Mediante Sentencia del 26 de septiembre de 2012, el Consejo de Estado resolvió una controversia en la que la docente ascendió en escalafón indebidamente, puesto que había presentado un título que previamente había presentado y por medio del cual ya le habían subido en el escalafón.

El fundamento para que la demandada no pagara las sumas recibidas en exceso radicó en que no resulta válido que la demandada haya hecho incurrir en error a la Administración, al presentar el título dos veces, ya que

los servidores públicos debieron negar la segunda solicitud. No corresponde a un fraude, ni intención culposa o dolosa, ya que no intervino en la decisión administrativa.

Este caso resulta de gran relevancia, ya que presentar nuevamente el título con el cual había ascendido previamente en el escalafón docente, puede encontrarse como una conducta desprovista de la buena fe, ya que era de su conocimiento la presentación del título en dos ocasiones, llevando a que la Administración incurriera en error; sin embargo, bajo el marco de la Constitución de 1991, se presume la buena fe, con todo, lo que se encuentra es que a diferencia de los casos abordados hasta este momento, no se han definido criterios ciertos, sin más que la Administración demuestre la mala fe, para lo cual el asunto quedó a consideración de lo que puede entenderse como buena o mala fe por el juzgador.

Opuestos motivos se abordaron el veinticuatro (24) de octubre del año 2012, al ser estudiado el caso en que se demandaron dos resoluciones que ordenaron devolver al tesoro público una suma de dinero por concepto de salarios devengados a causa de doble vinculación, ya que el demandado había laborado en colegio oficial y en universidad pública conjuntamente, pero en distintos horarios y le indicaban que fuera devuelto al erario lo devengado en la universidad al ser esta la segunda institución a la que se vinculó.

Como fundamento de la decisión, fue abordada la prohibición legal de la doble asignación, pero debía existir un estudio singularizado de las circunstancias de hecho en el caso concreto y sobre todo la intencionalidad de quien incurrió en dicha prohibición, por lo tanto en el análisis efectuado por la Sección, fue encontrado que durante las dos vinculaciones, sus horarios le permitieron prestar ambos servicios, no se probó por ello la mala fe y el ánimo de perjudicar a las entidades; por el contrario, amabas se beneficiaron del servicio y debían retribuirlo; en tal sentido, no estaba llamado a devolver al erario lo devengado en la universidad, como era ordenado en el acto administrativo.

El veintidós (22) de noviembre de 2012, se decidió la controversia suscitada entre el entonces Instituto de Seguros Sociales y una ciudadana, al ser revocada directamente la resolución que concedió pensión, luego de que se revisara que la demandada no cumplía con los requisitos (semanas cotizadas) para acceder a pensión, del modo en que le fue otorgada.

La Sala disertó sobre el postulado de buena fe dispuesto en la Constitución, el Código Civil Colombiano y Jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, indicando que compete desvirtuar la buena fe a quien alega mala fe; es decir, en el caso a la entidad, el Iss, que no lo demostró. La ilegalidad del acto provenía de circunstancias ajenas a la demandada, por lo cual no era procedente condenar a una persona respecto de la cual el principio de buena fe no ha sido desvirtuado, de modo que no era posible ordenar la devolución del excedente que pagó por un acto propio el Iss a una persona que actuó de buena fe, dado que si la entidad solicita esto, debe demostrar los hechos que considere que la persona a quien se le reconoció la pensión actuó de manera deshonrosa.

En el año 2013, día diez (10) de octubre, la Sentencia resolvió el caso consistente en que frente a la pensión compartida que recibió el actor, le ordenaron descuento del 10 % de su mesada por concepto de reintegro pagado en exceso, ya que estuvo recibiendo simultáneamente pensión de jubilación y de vejez, pese a que a partir del reconocimiento de la última, solo debía recibir el mayor valor a que hubiera lugar y no el total de la pensión.

Como criterio sostenido frente al reintegro de lo pagado en exceso fue considerado que no se puede imponer al afectado un sorpresivo gravamen, que podría exceder su capacidad económica y patrimonial, pretendiendo purgar un descuido en que incurrió la Administración por no haber adoptado las medidas necesarias, tendientes a evitar este tipo de situaciones.

Más adelante, en el año 2014, el 1 de septiembre y el 27 de noviembre, se analizó el problema jurídico consistente en si se desvirtuaba la buena fe de la demandada y si en consecuencia era procedente ordenar la devolución de las sumas percibidas en virtud de la orden de reconocimiento de pensión

gracia que se obtuvo mediante acción de tutela promovida contra cajanal; en el proceso se contaba con elementos que llevan a colegir un fraude para obtener el reconocimiento de la pensión gracia, de modo que retomando los criterios abordados por la Corte Constitucional en Sentencia T-218 de 2012, se llegaba a la conclusión que se estaba ante un fraude, toda vez que fue instaurada en lugar apartado de domicilio del actor, del último lugar de prestación de servicios y del lugar de expedición de los actos administrativos previos, más aún cuando no era posible acceder a la mencionada pensión acreditando vinculación docente del orden nacional, porque era concedida a los docentes con vinculación territorial, a fin de compensar o retribuir a favor de los mismos la baja remuneración frente a los docentes vinculados en el orden nacional.

Así las cosas, acuden necesariamente a la jurisprudencia del Consejo de Estado que en casos similares había resuelto, y en los cuales el análisis se funda en que:

Tratándose de un error de la Administración al concederse el derecho a quien no reunía los requisitos legales, no puede la entidad alegar a su favor su propia culpa para tratar de recuperar un dinero que fue recibido de buena fe por una persona. No obstante, al sucederse una serie de dudosas actuaciones de tipo global para obtener el reconocimiento de la pensión gracia, cuya final destinataria fue la actora, puede observarse que el acto de reconocimiento pensional no fue originado por un error de la Administración, sino en cumplimiento de una orden judicial, que encerró numerosas dudas. (Consejo de Estado)

En consecuencia, no puede aceptarse que se aplique la observancia de la buena fe cuando se ha obtenido lucro a través de una acción reprochable.

En el año 2015, la Sentencia del 22 de abril, desató el conflicto jurídico en torno al reajuste especial de pensión de congresista, la Sala infirió que el accionado fue pensionado; sin embargo, al obtener el reconocimiento de su pensión de jubilación, le asistía el derecho al reajuste especial de la

mesada pensional; no obstante, dicho reajuste no se ajustó a la normatividad vigente para ello, encontrándose por encima del valor debido. Es de resaltar a la investigación que la Sala tuvo en cuenta frente al principio de la buena fe, que aunque el Fondo venía cancelando al demandado sumas que no le correspondían, negó el reintegro de los pagos efectuados, porque, según lo dispuesto por el artículo 83 de la Carta Política, se presume la buena fe en la actuación de los particulares, y como quiera que al interior del proceso no obró prueba en contrario que desvirtuara dicha presunción, no fue ordenada la devolución de las sumas de dinero. Tiene como fundamento la decisión de la Sentencia C-58 de 2013, en la que se advierte además que las mesadas pensionales pasadas se constituyen en “derechos que ya han ingresado de manera irreversible al patrimonio de la persona”, de conformidad con lo estipulado por el artículo 58 Superior y por el Acto Legislativo 1 de 2005, reiterado posteriormente en sentencias del año 2016.

Otra sentencia del mismo año fue la proferida el 6 de mayo de 2015, que tuvo como criterio de la Corporación a efectos de ordenar devolver sumas de dinero por parte de los particulares a las entidades del Estado que se han pagado por conceptos de carácter laboral, es que prima el aspecto subjetivo con el que actuó el particular para recibir tales emolumentos.

En el caso concreto había duda sobre el certificado aportado para el ascenso al grado 13 del escalafón docente, pero de la investigación penal que obró paralela al proceso contencioso administrativo, la Fiscalía encontró desorganización en el Centro donde el docente adelantó la capacitación que dio origen al certificado, no obraban archivos que dieran cuenta de su paso por el Centro Educativo para adelantar dicho estudio. Así las cosas, no era viable concluir la mala fe, y por ende no fue ordenado el reintegro de las sumas de dinero pagadas en exceso a la docente.

El Consejo de Estado, en fecha 18 de febrero de 2016, consideró que aunque es cierto que el Fondo pagó al causante y venía cancelando a su compañera sobreviviente valores que no le correspondían, la Sala avaló la disposición del *a quo* que negó el reintegro de los pagos efectuados, porque,

según lo dispuesto por el artículo 83 de la Carta Política, se presume la buena fe en la actuación de los particulares, y como quiera que al interior del proceso no obra prueba en contrario que desvirtúe dicha presunción, que opera a favor del fallecido y de la acusada, ligada al principio de confianza legítima.

Otra de las sentencias analizadas fue la proferida el 16 de junio de 2016, en la que se consideró entre otros aspectos, ahondar en el artículo 83 de la Carta Política, en cuanto la conducta de los particulares y de las autoridades públicas debe estar gobernada por el principio de buena fe, que se presume frente a las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas; es decir, en las relaciones jurídico-administrativas; presunción legal que admite prueba en contrario. Acudió a la Corte Constitucional al exponer que:

El principio de buena fe es aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una 'persona correcta (virbonus)'. La buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la 'confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada'. (Sentencia T-475, 1992)

Con todo, el ejercicio legítimo de la acción constitucional por parte de la accionada no fue considerado por sí mismo en una actuación de mala fe, debido a que la accionada no cumplía con los requisitos para acceder a la pensión gracia, tal y como se comprobó, y como cualquier ciudadano que estima vulnerado un derecho fundamental, la Ley lo habilita para acudir ante el juez constitucional, quien sí está en facultad de analizar en el caso concreto si es procedente o no el amparo solicitado o si lo declara para evitar un perjuicio irremediable debidamente comprobado.

Con lo anterior, se tuvo que no se encuentra plenamente probada la mala fe en la actuación adelantada por parte de la accionada cuando reclamó

el reconocimiento de la pensión gracia ante la Administración y ante el juez de tutela, habida cuenta que no se demostró que haya acudido ante tales autoridades con el ánimo de inducir las en error.

El 14 de julio, 4 de agosto, 30 de agosto, 28 de septiembre de 2016, la Sala consideró que procedía aplicar el principio del *error commun is facit jus*, puesto que fue la Administración la que incurrió en la equivocación de abonar a la pensión de beneficiarios de la actora, ya que dio por existente un derecho o una situación relacionada con esa cantidad de dinero que no existía. Ella lo recibió con la seguridad y creencia sincera de que el ente accionado había actuado con certeza y conforme a las prescripciones legales; y, por ende, el comportamiento de la actora se realizó con buena fe exenta de culpa, que lo ampara el ordenamiento jurídico. En consecuencia, fue estimado que la actora no estaba obligada a devolver dinero alguno, pues el artículo 136 del Cca establece que “no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”, pero no para salvaguardar un reconocimiento ilegal.

Respecto de encontrarse desvirtuada la buena fe en la medida en que se adelanten actuaciones dudosas como partícipe de un fraude global, para que se haga efectivo el reembolso de las sumas percibidas, la Administración deberá suscribir un acuerdo de pago, que preste mérito ejecutivo, que deberá atender a las condiciones socio-económicas del obligado, de tal manera que los plazos y montos pactados para el efecto no menoscaben su mínimo vital.

Ahora bien, frente a pretender la devolución de sumas de dinero pagadas a partir de la fecha en que se notificó el auto admisorio, el 28 de octubre de 2016, el Consejo de Estado encontró que el hecho de que el Tribunal haya presumido la mala fe de la accionada, a partir del momento en que esta fue notificada de la demanda, no es compartible, toda vez que solo el análisis integral de legalidad del acto administrativo demandado le permitía al juez contencioso administrativo concluir si la conducta de la demandada, en el caso en concreto, se oponía al postulado constitucional de la buena fe, por tanto de acreditarse actos contrarios a la buena fe, se entenderán desde la solicitud de reconocimiento y pago prestacional.

Cabe mencionar en esta investigación el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 28 de febrero de 2017, que aunque no se configura parte de la jurisprudencia, da importantes nociones del tema abordado para lo sucesivo. Resalta en primera medida la disposición constitucional, y al mencionado artículo 83, y a renglón seguido la contemplada en la Ley 1437 de 2011, que hasta las sentencias proferidas en la actualidad y estudiadas en la investigación, no han tenido cabida por tratarse de procesos que se iniciaron bajo la vigencia del anterior ordenamiento, Decreto 01 de 1984.

Anota que la jurisprudencia y la doctrina se han inclinado por proteger el derecho de aquellos docentes que han percibido dineros en virtud de primas creadas por las asambleas y concejos, con base en la confianza de que les estaban siendo pagados legalmente.

Por otra parte advierte que no hay derechos adquiridos en contravía de la Constitución, fundado en el artículo 58, al considerar la propiedad privada y que los derechos deben respetar las leyes civiles para que puedan ser considerados como adquiridos. Por tanto, no pueden ser garantizados aquellos que contrarían la Constitución Política por tratarse de la norma de normas.

Adicionalmente, que no puede afirmarse que una situación jurídica subjetiva se ha consolidado y que ha ingresado definitivamente al patrimonio de una persona, cuando ha sido creada desconociendo el régimen constitucional y legal que imperaba al momento de su definición, porque se carecería de un justo título.

En consecuencia, del aludido concepto no puede concluirse que opera igual en todos los casos. Es importante resaltar que el estudio del principio de la buena fe se debe hacer en concordancia con el principio del enriquecimiento sin causa, en aras de que una mengua patrimonial del Estado no configure un incremento económico de un sujeto, cuando se carece de causa jurídica que lo funde, ya que no puede desconocerse como fin del Derecho dar lo que realmente le corresponde a cada quien, de acuerdo con los principios de justicia y equidad.

3. Resultados

Con el desarrollo de la investigación se encontraron distintos criterios que fundan las decisiones del Consejo de Estado frente a la devolución de dineros pagados en exceso por la Administración; cabe aclarar que en su mayoría, las sentencias correspondieron a prestaciones periódicas pagadas en exceso, que aunque no son supuestos que se hayan configurado bajo el marco de Sentencias de Unificación de Jurisprudencia, sirven como derrotero de las decisiones judiciales, del rol del litigante y en el campo académico; sin embargo, llama la atención que pese a transitar en normas y jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, no se articula el principio de la buena fe con otros que pueden constituirse en serias herramientas de decisión adicionales, como lo es el principio del enriquecimiento sin causa, toda vez que no es lícito que un patrimonio se incremente a costa de otro sin que exista una causa que justifique tal hecho, y más aún cuando se trata de dineros que hacen parte del patrimonio público.

Se ha identificado que al arbitrio del juez queda la determinación de la ocurrencia de un fraude; por ejemplo, el fraude global derivado del reconocimiento de pensión gracia que ordenó una decisión de tutela, con serias discordancias y la presentación de un título académico dos veces para ascender en el escalafón docente, los cuales implicaron observaciones distintas frente a la intención de intervenir en la decisión administrativa, por medio de la cual finalmente se realizó el reconocimiento de sumas que no eran debidas.

Lo cierto es que no puede aceptarse de ninguna manera que se aplique la presunción de buena fe cuando se ha obtenido lucro a través de una acción reprochable; sin embargo, para que se ordene devolver sumas de dinero por parte de los particulares a las entidades del Estado que se han pagado por conceptos de carácter laboral, lo que prima es el aspecto subjetivo con el que actuó el particular para recibir tales emolumentos.

Cuando se trate de doble asignación y se pretenda la devolución de alguno de los dineros, debe analizarse el caso concreto y determinarse si las entidades se beneficiaron del servicio y si las mismas debían retribuirlo;

en tal sentido, determinar si la persona estaba en la posibilidad jurídica y física de responder por las labores encomendadas en ambas entidades públicas.

Del panorama explorado puede decirse que cuando la ilegalidad del acto administrativo proviene de circunstancias ajenas a la demandada, no es procedente a todas luces condenar a una persona respecto de la cual el principio de buena fe no ha sido desvirtuado; en caso de ser solicitado por una entidad estatal demandante, esto, por consiguiente se deben demostrar los hechos que consideren que la persona a quien se le reconoció una pensión, por ejemplo, actuó de manera deshonrosa. En todo caso, corresponde al juez administrativo el análisis integral de legalidad del acto administrativo demandado para que pueda concluir si la conducta de la persona demandada se opone al postulado constitucional de la buena fe, dado que no existen supuestos taxativos que deban seguirse para resolver casos como los estudiados en las sentencias que se abordaron en la investigación.

En el año 2007 y nuevamente en el 2014, se precisó explícitamente el alcance del principio de buena fe, al entenderse con limitaciones, y no con un carácter absoluto, haciendo alusión a la prevalencia del interés general, vigencia de un orden justo, desarrollo de la función administrativa con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia y economía.

Conclusiones

Pese a acudir a la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que sobre el particular ha trasegado durante bastante tiempo y fundarse en disposiciones normativas civiles referentes a la forma de desvirtuar el principio de la buena fe, resulta importante que frente a las pretensiones sobre devolución de sumas de dinero pagadas en exceso sea abordado conjuntamente para estas discusiones, el principio del enriquecimiento sin causa, toda vez que no es lícito que un patrimonio se incremente a costa de

otro sin que exista una causa que justifique tal hecho, y más aún cuando se trata de dineros que hacen parte del patrimonio público.

No se pretende por ello que quien haya recibido de buena fe una suma de dinero deba devolverla sin examinarse sus condiciones de satisfacción de necesidades básicas, o que deba reembolsar el dinero en un contado e indexado, o que se desconozcan derechos adquiridos por su índole constitucional, como bien hace lo dispuesto en el artículo 58 de la Carta Fundamental.

La presente investigación constituye un aporte a la discusión, toda vez que si por analogía se acude a la normatividad civil expuesta, no estaría demás atender las consideraciones que sobre la consignación por error y el enriquecimiento sin causa, la Corte Suprema de Justicia ha suscrito en distintas ocasiones al examinar los conflictos jurídicos de entidades financieras y ciudadanos, en los que se ordena la restitución de dineros que de manera equivocada fueron consignados en la cuenta del demandado y de la cual este dispuso indebidamente. Es similar en tanto se experimenta una mengua patrimonial que carece de justificación y que, correlativamente, fue de provecho para el usuario, y aunque se trata de asuntos de índole privada, deja una gran reflexión para el derecho público, ya que son sumas de dinero estatales las que se encuentran en juego y, en ambos casos, los excedentes fueron entregados por error del banco y la Administración estatal.

Así las cosas, subyace un imperativo moral que la misma Corte Suprema de Justicia ha expuesto como que el ordenamiento jurídico no debe patrocinar el acrecimiento económico de un sujeto a expensas de otro, cuando no existe ningún fundamento jurídico que lo justifique, postulado que encaja, desde luego, con la necesidad de dar a cada quien lo suyo, esto es, lo que verdaderamente le corresponde de acuerdo con los principios de justicia y equidad (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2009, octubre 7).

Podría pensarse además que perseguir la devolución de los dineros violaría el *principio general del derecho*, según el cual “nadie puede derivar derechos de su propia ilicitud”; no obstante, para solucionar tal problemática

la misma Corte ha manifestado que la conducta del demandado es el origen directo del enriquecimiento y el empobrecimiento aludidos, al no reincorporar el dinero que fue erróneamente depositado en su cuenta.

Hasta la fecha la ilegalidad de un acto administrativo cuando proviene de circunstancias ajenas a la parte demandada, no sugiere la condena porque no ha sido desvirtuado el principio de buena fe, sin que se sostenga un análisis de otros principios generales del derecho que pueden concurrir. Por ahora corresponde al juez administrativo el análisis integral de legalidad del acto administrativo demandado, para que pueda concluir si la conducta de la persona demandada se opone al postulado constitucional de la buena fe, dado que no existen supuestos taxativos que deban seguirse para resolver casos como los estudiados en las sentencias que se abordaron en la investigación.

Referencias

- Gómez Hurtado, A. & Esguerra Portocarrero, J. C. (1991, marzo 11) Proyecto de acto reformatorio de la Constitución Política de Colombia Nro. 24. Título: Buena Fe. Gaceta Constitucional. Número 19, p. 3.
- Monroy Cabra, M. G. (2015). *Introducción al derecho*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Neme, M. (2010). La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: Una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio. *Revista de Derecho Privado*. Número 18, p. 65-94. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/403/383>
- Troncoso Estrada, O. L. (2015). La Hermenéutica Jurídica. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Ed.), *Lecciones de Introducción al Derecho*. Ibagué, Colombia. Ediciones Unibagué, p.185-227.

Referencias normativas

- Constitución Política de 1991, Artículo 58. Artículo 83
L. 1437/2011, Artículo 110. Artículo 164-1-C
D. 01/1984, Artículo 136-2

Referencias jurisprudenciales (Colombia)

- Consejo de Estado, (2007, 16 de noviembre). Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>
- Consejo de Estado (2008, 26 de julio). Consejero Ponente: Gerardo Arenas. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2009, 01 de julio). Consejero Ponente: Gerardo Arenas. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2009, 06 de agosto). Consejero Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2010, 12 de mayo). Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2010, 07 de julio). Consejero Ponente: Gerardo Arenas. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2011, 06 de octubre). Consejero Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2012, 26 de septiembre). Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2012, 24 de octubre). Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2012, 22 de noviembre). Consejero Ponente: A. Vargas. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado 10 oct. 2013 Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2014, 01 de septiembre). Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado. (2014, 27 de noviembre). Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2015, 22 de abril). Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado. (2015, 06 de mayo). Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2015, 27 de agosto). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2015, 09 de septiembre). Consejero Ponente: O. Garavito. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2016, 18 de febrero). Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2016, 16 de junio). Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2016, 14 de julio). Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2016, 04 de agosto). Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2016, 30 de agosto). Consejero Ponente: W. Hernández. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2016, 28 de septiembre). Consejero Ponente: César Palomino Cortés. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado (2016, 28 de octubre). Consejero Ponente: César Palomino Cortés. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado. Concepto Sala de Consulta y Servicio Civil (2017, 28 de febrero). G. Bula. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

CSJ Civil (2009, 07 de octubre), E. Villamil. Expediente 05360-31-03-001-2003-00164-01.